

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Cloud computing

Moiny, Jean-Philippe

Published in:

Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Moiny, J-P 2012, 'Cloud computing: validité du recours à l'arbitrage ? : droits de l'homme et clauses abusives : partie 2', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, Numéro 78, p. 99-111.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'objectif poursuivi par la présente contribution est d'étudier, au regard des droits de l'Homme et de la prohibition des clauses abusives, la possibilité et les modalités du recours à l'arbitrage en matière de contentieux du « *cloud computing* », dans les litiges opposant les individus consommateurs à leurs cocontractants professionnels.

Est ici reproduite sa partie II.

Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie II)

Droits de l'Homme et clauses abusives



Par Jean-Philippe
MOINY
Aspirant FRS-FNRS au Crid
(FUNDP, Namur)

(...)

III. – DROITS DE L'HOMME

A. – Droit du Conseil de l'Europe

Il se dégage de la jurisprudence des organes de la CEDH que la Convention ne s'oppose en principe pas aux clauses d'arbitrage : une personne peut conclure une convention d'arbitrage, et renoncer de la sorte à certaines des garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH (1°). Cette renonciation est conditionnée (2°). Il importe toutefois d'insister d'emblée sur deux spécificités de la jurisprudence analysée. La première est propre à l'ensemble de la jurisprudence de la Cour qui est habituellement au cas par cas. La seconde a trait au contexte de l'espèce : la jurisprudence est peu abondante et limitée au contexte professionnel – *B2B*. Sa potentielle généralisation est donc particulièrement périlleuse.

L'influence générale que la CEDH est susceptible d'avoir sur la validité du recours à l'arbitrage – ainsi, tant sur la procédure que sur la sentence arbitrales – clôturera notre propos (3°).

1° / Principes

33. Comme la Cour de justice de l'Union européenne, les organes de la CEDH ont été amenés à analyser des clauses d'élection de *for* ou d'arbitrage et, en principe, ont jugé que la Convention ne s'y opposait pas : l'autonomie des volontés peut s'exercer, certes non sans bornes. D'une part, la Commission européenne des droits de l'Homme a décidé, dans l'affaire *Gauthier c/Belgique* (1), que « l'article 6, par 1, ni aucun autre article de la Convention n'interdit expressément que de[s] (...) clauses [en l'occurrence d'élection de *for*] soient prévues » (2). La Cour souligne toutefois que le droit d'accès à un Tribunal (3) « n'implique pas un droit illimité de choisir le Tribunal compétent [les] règles de droit international privé limitant le libre jeu de l'autonomie de la volonté ne sont pas incompatibles avec l'article 6, § 1, de la Convention » (4).

En matière d'arbitrage d'autre part, la Commission valide le recours à des

clauses compromissoires pour la première fois à notre connaissance, dans l'affaire *X. c/République fédérale d'Allemagne* (5). La Cour spécifia plus tard, dans *Deweert c/Belgique* (6), concernant une transaction en matière pénale, que la renonciation au « droit à un examen de sa cause par un tribunal » via des clauses contractuelles d'arbitrage, « ne se heurte pas en principe à la Convention ; la Cour marqu[a] sur ce point son accord avec la Commission » (7). Et elle souligna en passant que cela présentait des « avantages indéniables » pour les « intéressés » comme pour « l'administration de la justice » (8). À l'occasion de l'affaire *Axelsson et a. c/Suède*, la Commission « notes that insofar as arbitration is based on agreements between the parties to the dispute, it is a natural consequence of their right to regulate their mutual relations as they see fit. From a more general perspective, arbitration procedures can also be said to pursue the legitimate aim of encouraging non-judicial settlements and of relieving the courts of an excessive burden of cases » (9). La Cour de justice de l'Union européenne s'est déjà inscrite dans la même tendance (10).

(1) CEDH, déc. *Gauthier c/Belgique*, 6 mars 1989, n° 12603/86. (2) CEDH, déc. *Gauthier c/Belgique*, précitée, En droit, point 2, al. 2 ; en effet, « la Commission ne saurait présumer que les États contractants, en acceptant les obligations qui découlent de l'article 6, par. 1, aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de souscrire à des clauses d'élection de *for* ». (3) Article 6 de la CEDH et CEDH, arrêt *Golder c/Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, n° 4451/70 (Ass. plén.). (4) CEDH, déc. *Bayrak c/Allemagne*, 6 juill. 2000, n° 27937/95, En droit, point 2, al. 2. On notera que la Cour de justice fédérale allemande avait souligné que la Cour d'appel avait jugé sans erreur de droit « que le requérant avait obtenu la compétence des tribunaux allemands par des moyens frauduleux » (fraude à la loi), CEDH, arrêt *Bayrak c/Allemagne*, 20 déc. 2001, n° 27937/95, point 22. (5) CEDH, déc. *X. c/République fédérale d'Allemagne*, 5 mars 1962, n° 1197/61. Un professeur de nationalité allemande résidait en Espagne et y enseignait sous contrat de travail signé en Allemagne. Ce contrat, portant le visa du ministère des Affaires étrangères, contenait une clause compromissoire dont la présence paraissait exigée par ce dernier dans tout contrat similaire. Le licenciement du requérant par son école (l'employeur) fut validé par le consul général d'Allemagne et ensuite contesté par le professeur qui s'adressa ensuite aux juridictions espagnoles. Il fut *in fine* débouté pour un motif étranger à la question de la validité de la clause compromissoire. Devant la Commission, le requérant se plaignait de n'avoir pu saisir un Tribunal allemand – ou espagnol – pour trancher le différend l'opposant à son ancien employeur – violation de l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH. (6) CEDH, arrêt *Deweert c/Belgique*, 27 févr. 1980, req. n° 6903/75. (7) CEDH, arrêt *Deweert c/Belgique*, précité, point 49, al. 3. (8) Précité. (9) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, 13 juill. 1990, n° 11960/86, *The law*, point 1, p. 6, al. 2-3. (10) Elle a jugé, en matière de service universel, que des dispositions nationales qui « visent un règlement plus rapide et moins onéreux des litiges en matière de communications électroniques, ainsi qu'un désencombrement des tribunaux » poursuivent « des objectifs d'intérêt général légitimes », CJCE, arrêt *Telecom Italia*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 64. À la base de la réglementation nationale, voir l'article 34 de la directive n° 2002/22, précitée, RLDI 2011/77, partie I.

Ces deux prises de position n'ont rien de surprenant. Il est évident que trancher en sens inverse, en s'opposant de manière générale au choix contractuel du juge par les parties, serait contraire aux traditions juridiques des États parties à la CEDH.

34. La Commission et la Cour envisagent le recours à l'arbitrage sous l'angle d'une renonciation au droit à un Tribunal. Originellement, dans *X. c/République fédérale d'Allemagne*, la Commission avait considéré que « la conclusion d'un compromis d'arbitrage entre particuliers s'analyse juridiquement en une renonciation partielle (11) à l'exercice des droits que définit » l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH, que rien dans la Convention, n'interdit expressément (12) (nous soulignons). Plus récemment dans les affaires *Pastore c/Italie* (13), et *Eiffage SA et a. c/Suisse* (14), la Cour a jugé que les « parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat » ; de la sorte, elles « renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention » (15). La décision *Suovaniemi c/Finlande* de la Cour rappelle ainsi clairement que « such a waiver should not necessarily be considered to amount to a waiver of all the rights under article 6 » (16).

De manière marginale, la Commission sembla toutefois suivre une approche apparemment différente dans le cas *Axelsson et a. c/Suède*. Elle y jugea que dans la majorité des États parties à la CEDH, l'accès au Tribunal était restreint (ou sujet à des conditions spéciales) notamment à l'égard de personnes liées

par une convention d'arbitrage (17). C'est donc sous l'angle des restrictions apportées par l'État au droit d'accès à un Tribunal qu'elle se plaça. Pourtant *in fine*, elle « recalls that in the present case the Swedish courts found that the applicants were bound by the arbitration clause, which was part of the agreement which they had entered into with MTEA. In these circumstances, the Commission finds that the applicants must be regarded as having themselves renounced a court procedure » (18) (nous soulignons). Et la Commission conclut qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 6 de la CEDH. On pourrait se demander si, à cette occasion, la Commission n'a pas suggéré une autre façon d'analyser la renonciation et ses effets en droit (19).

La conclusion d'une clause d'arbitrage est permise et entraîne renonciation au droit de saisir une juridiction étatique, du moins dans un premier temps, voire à certaines autres garanties consacrées dans cet article.

Nous retiendrons ici que la conclusion d'une clause d'arbitrage est permise et entraîne renonciation au droit de saisir une juridiction étatique, du moins dans un premier temps, voire à certaines autres garanties consacrées dans cet article.

35. La jurisprudence distingue enfin l'arbitrage volontaire de l'arbitrage forcé.

Ce dernier n'intéresse pas directement le présent propos, bien qu'il soit imaginable qu'un législateur national *force* le recours à un arbitrage spécifique à propos de certains contentieux de consommation (20). La Commission souligne explicitement que le Tribunal arbitral en question devrait alors satisfaire à toutes les garanties de l'article 6 de la CEDH (21). Elle insiste, à cet égard, sur le fondement de sa décision (22). Il « ne s'oppose pas (...) à ce qu'une décision [portant sur des droits et obligations de caractère civil] soit prise en première instance par un organe qui n'a pas le caractère d'un Tribunal, pourvu que l'affaire puisse être ensuite portée dans un délai raisonnable devant un Tribunal qui a compétence pour la juger en droit et en fait » (23). *In fine*, l'arbitrage forcé ne peut apparaître que comme une première instance dont les décisions sont à soumettre au visa complet du juge étatique.

2°/ Renonciation partielle à l'article 6 de la CEDH

Selon la jurisprudence des organes de la CEDH, deux groupes d'exigences encadrent le recours à l'arbitrage en tant qu'il emporte une renonciation à certaines garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH : la volonté de l'individu doit être libre, informée et non équivoque (non viciée), et l'arbitrage ne devrait pas porter sur un litige mettant en cause un « public interest », de telle sorte qu'il serait inapproprié ou déraisonnable (24). On se demandera si, dans cette dernière hypothèse, la Cour ne réserve pas une place au débat sur l'arbitrabilité.

(11) Citant ce paragraphe dans l'affaire *R. c/Suisse*, la Commission reprend en jugeant qu'un « compromis d'arbitrage comporte une renonciation à l'exercice des garanties prévues par l'article 6, par. 1 » (nous soulignons), Comm. EDH, déc. *R. c/Suisse*, 4 mars 1987, n° 10881/84, En droit, p. 10, al. 4. Elle a d'ailleurs également décidé dans le cas *Nordstrom-Janzon* qu'à « certains égards – en particulier quant à la publicité –, il est manifeste que les procédures d'arbitrage, souvent, n'ont pas pour finalité de respecter l'article 6, et le compromis d'arbitrage entraîne une renonciation à l'application sans restriction de cette disposition » (nous soulignons), Comm. EDH, déc. *Nordstrom-Janzon et Nordstrom-Lehtinen c/Pays-Bas*, 27 nov. 1996, n° 28101/95, En droit, al. 9. Toutefois la Commission admet que cette renonciation ne porte pas nécessairement sur toutes les garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH. Cette approche est d'ailleurs conforme à sa jurisprudence antérieure dans l'affaire *Bramelid et Malmström c/Suède*, où elle juge que la CEDH n'interdit pas de « renoncer à l'exercice de certains droits garantis par l'article 6, paragraphe 1, lorsqu'il s'agit de décider d'une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil » (nous soulignons). Comm. EDH, déc. *Bramelid et Malmström c/Suède*, 12 oct. 1982, req. n° 8588/79 et 8589/79, En droit, point 2, c), al. 3. Comme la suite du propos l'indiquera, la Cour reconnaît que la conclusion du compromis implique la renonciation à certaines garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH. (12) Comm. EDH, déc. *X. c/République fédérale d'Allemagne*, précitée, p. 3. (13) CEDH, déc. *Pastore c/Italie*, 25 mai 1999, n° 46483/99 (2^e sect.). (14) CEDH, déc. *Eiffage SA et a. c/Suisse*, 15 sept. 2009, n° 1742/05. (15) CEDH, déc. *Eiffage SA et a. c/Suisse*, précitée, En droit, point 1, b), p. 13, al. 1^{er}. (16) CEDH, déc. *Suovaniemi et a. c/Finlande*, 23 févr. 1999, n° 31737/96 (4^e sect.), p. 5, The law, al. 4. (17) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, précitée, The law, point 1, p. 5, al. 4. (18) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, précitée, The law, point 1, p. 6, al. 2-3. (19) Si, dans un premier temps, la CEDH ne s'oppose pas à ce qu'il soit renoncé à certains droits, ou libertés, fondamentaux, les effets de cette renonciation en droit national devraient, dans un second temps, être évalués sous l'angle des conditions aux restrictions permises aux droits et libertés consacrés dans la Convention (on pense à certains paragraphes 2 des dispositions de la CEDH). Par exemple, les effets de la renonciation devraient se fonder sur la protection des droits et libertés d'autrui (e.g., le droit contractuel du cocontractant à saisir un juge privé), et ces effets devraient être contrôlés sous l'angle de leur nécessité dans une société démocratique et du principe de proportionnalité (par ex., dans telles conditions, est-il proportionné de valider le recours à l'arbitrage ?). (20) Il aurait pu en être ainsi antérieurement en Belgique, si le roi avait rendu obligatoires les conditions générales de la CLV. À ce propos, il faudrait toutefois encore tenir compte du principe de protection juridictionnelle effective du droit de l'Union européenne, tel qu'interprété, en matière de mise en place de modes alternatifs de règlement des différends obligatoires, par la Cour de justice de l'Union européenne, voir CJCE, arrêt *Telecom Italia*, précité, RLDI 2011/77, partie I, points 47-66. (21) Voir Comm. EDH, déc. *Bramelid et Malmström c/Suède*, précitée ; Comm. EDH, rap. *Bramelid et Malmström c/Suède*, 12 déc. 1983, n° 8588/79 et 8589/79. Pour une autre hypothèse d'arbitrage imposé par la loi, voir CEDH, arrêt *Lithgow et a. c/Royaume-Uni*, 8 juill. 1986, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81. Sur la question, voir Flauss J.-F., L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures arbitrales, Gaz. Pal., doct., 1986/1, p. 408-409. (22) Comm. EDH, rap. *Bramelid et Malmström c/Suède*, précité, point 30, al. 3. Au point 31, la Commission détaille bien la spécificité du cas sur lequel elle se prononce et n'entend pas confronter à la CEDH le système général de l'arbitrage en Suède. (23) Précité. (24) On ne traitera pas ici correctement la question de la renonciation aux droits fondamentaux. C'est pourquoi il est renvoyé à cet égard, pour une réflexion plus poussée, à la thèse de Frumer P., La renonciation aux droits et libertés, La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruxelles, Bruylant, 2001.

a) Volonté libre

36. Sans surprise, la volonté de l'individu, exprimée à l'occasion de la renonciation, doit être d'une certaine qualité : le consentement à l'arbitrage ne peut être vicié par la contrainte. Autrement dit, la renonciation doit être libre (25). Mais où commence cette contrainte ?

Elle peut résulter du contexte, des alternatives offertes à l'individu en question, comme le relève l'affaire *Deweere c/Belgique* jugée par la Cour (26). En l'espèce, cette dernière décida que la renonciation de M. Deweere était entachée de contrainte : « *placé en face d'un danger grave et immédiat [la fermeture de son magasin potentiellement jusqu'à ce qu'une juridiction de fond tranche le litige], [il] a tout naturellement paré au plus pressé sans se livrer à des spéculations juridiques hasardeuses ; [on] ne saurait le lui reprocher* » (27) (nous soulignons). En effet, « *il existait "une disproportion flagrante" entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant [la "relative modicité" de la somme réclamée [pour transiger] renforçait la pression exercée par l'ordre de fermeture [elle] la rendait si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé* » (28).

37. La pression exercée par le contexte économique n'est toutefois pas, dans la pratique décisionnelle de la Commission, ce « *danger grave et immédiat* » viciant la volonté. En ce sens dans *X. c/République fédérale d'Allemagne*, la Commission valide le recours à l'arbitrage « *même s'il s'agissait, comme il semble, d'une clause absolument usuelle et indispensable, insérée sur les instances du ministère des Affaires étrangères (...) cette circonstance n'a pas vicié le consentement du requérant qui demeurerait libre de refuser ses services [à l'école allemande de B.]* » (29) (nous soulignons). Toujours en ce sens, le cas *Axelsson et a. c/Suède* (30) est édifiant. Le litige concernait des propriétaires de taxis et une association de conducteurs de taxis (MTEA) exploitant le seul « *taxi*

dispatch exchange » de la zone de taxi où ils travaillaient. Étant entendu qu'un « *dispatch exchange* » fournissait environ 70 % de la clientèle, il était *économiquement essentiel* de rejoindre la MTEA pour en bénéficier. Cela n'empêcha pas la Commission d'entériner l'adhésion au recours à l'arbitrage.

Ces considérations posent la question de savoir si la Cour ne se serait pas prononcée de la même façon quant à un consommateur qui adhère à une clause d'arbitrage des conditions générales du contrat conclu avec le professionnel – intermédiaire de voyage, prestataire d'un service web, etc. Selon la thèse de S. Guillemard, le conducteur de taxi était digne de protection en tant qu'*adhérent* à des termes non négociables, au même titre qu'un consommateur (31). C'est à ce stade de la réflexion qu'il convient de préciser plus généralement le contexte de la jurisprudence étudiée. En effet, la Commission et la Cour ne se sont prononcées que dans des hypothèses mettant en cause des relations professionnelles ou d'affaires ; du B2B (32). Par conséquent, rien ne serait déjà décidé quant à l'arbitrage en matière d'e-commerce et de litiges impliquant des consommateurs bien que, cela vient d'être expliqué, la dépendance économique ne soit pas nécessairement rédhibitoire.

On relèvera enfin de manière générale dans le contexte du *cloud computing*, la situation de dépendance de l'utilisateur vis-à-vis du prestataire du *cloud* (33). Cette dépendance est d'abord technique et résulte nécessairement du recours à des services du *cloud*, en particulier lorsqu'il est question d'IaaS. Des éléments clés de l'infrastructure informatique d'une entreprise peuvent dépendre d'un service du *cloud*. Cette dépendance et les conséquences économiques y liées peuvent nuire au caractère libre du consentement de l'utilisateur. Cela s'observera en particulier une fois qu'un utilisateur aura choisi de recourir au

cloud. La maîtrise des données et de l'outil informatique de l'utilisateur par le prestataire de services – et donc la possibilité d'interrompre l'accès à ceux-ci – offre à ce dernier un puissant moyen de pression technico-économique de nature à potentiellement vicier toute concession que consentirait l'utilisateur au regard des droits de l'Homme. Par exemple, après la naissance d'un différend, l'entreprise du *cloud* pourrait conditionner le maintien du service au recours à l'arbitrage, alors que cela n'était originellement pas envisagé dans les conditions contractuelles. Cela reviendrait à forcer illicitement l'utilisateur à renoncer au juge étatique lorsque l'accès au service est nécessaire à la viabilité de son activité. Si le droit de l'Union européenne favorise le recours aux ADR après la naissance du différend (34), la clause d'arbitrage paraîtrait ici moins suspecte. Au-delà de cette dépendance, liée à la nature des services, s'ajoute bien entendu celle qui est liée à leur marché. La nécessité de recourir à un prestataire de services dominant est à cet égard problématique, même si les organes de Strasbourg sont susceptibles de tolérer cette contrainte essentiellement économique.

38. Quoiqu'il en soit, très logiquement, un consentement vicié de contrainte ne permet pas le recours valable à l'arbitrage. Mais le raisonnement ne s'arrête pas là ; « *[p]armi les conditions à remplir figure en tout cas l'absence de contrainte* » (35) (nous soulignons). Le cas échéant, il importe donc de satisfaire à d'autres conditions. La Commission, dans *X. c/République fédérale d'Allemagne*, souligne que si l'arbitre se comportait « *d'une manière incompatible avec l'esprit de la Convention*, et notamment de l'article 6 », « *l'on pourrait se demander, le cas échéant, si la validité initiale du consentement dont une clause compromissaire tire sa valeur juridique, ne se trouve[r]ait pas affectée après coup* » (36) (nous soulignons). Question qui

(25) CEDH, déc. *Nordstrom-Janzon et Nordstrom-Lehtinen c/Pays-Bas*, précitée ; CEDH, déc. *Pastore c/Italie*, précitée. (26) L'affaire, en matière pénale, mettait en cause un boucher qui se plaignait d'une transaction conclue avec le ministère public ; transaction qui avait mis fin à des poursuites en matière de réglementation des prix. (27) CEDH, arrêt *Deweere c/Belgique*, précité, point 52, b), al. 2. (28) CEDH, arrêt *Deweere c/Belgique*, précité, point 51, b), al. 4. (29) Comm. EDH, déc. *X. c/République fédérale d'Allemagne*, précitée, p. 3-4. (30) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, précitée. (31) Voir Guillemard S., Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent, précité, RLDI 2011/77, partie I. (32) Dans *Gauthier c/Belgique*, un pilote de ligne belge, employé par Air Zaïre, était en cause. *X. c/République fédérale d'Allemagne* impliquait un professeur allemand enseignant en Espagne. Des propriétaires de taxis, agissant dans le cadre de leur profession, se plaignaient du recours à l'arbitrage dans *Axelsson et a. c/Suède*. *Bramelid et Malmström c/Suède* mettait en cause le rachat forcé d'actions. L'affaire *Pastore c/Italie* quant à elle concernait le membre d'un fonds de mutuelle, fonds qui avait été incorporé dans un autre fonds, et les requérants contestaient la décision d'incorporation prise par l'organe d'administration compétent. Le litige, dans *Nordstrom c/Pays-Bas*, était né de la dissolution de deux sociétés ayant conclu un *joint-venture agreement*. Le cas *Suovaniemi c/Finlande* portait sur un litige complexe impliquant plusieurs sociétés ainsi qu'une banque, et divers accords relatifs à des parts et droits de vote des demandeurs dans ces sociétés. Et enfin, le cas *Eiffage SA et a. c/Suisse* concernait la construction, pour le Cern, du tunnel sous-terrain de 20 kilomètres de longueur abritant aujourd'hui le *Large Hadron Collider*. (33) À propos de cette dépendance dans le contexte des réseaux sociaux, voir Moïny J.-P., *Cloudy Weather Cloud Based Social Networks Sites : Under Whose Control ?*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 163-164. (34) Voir RLDI 2011/77, partie I, n° 12. (35) CEDH, arrêt *Deweere c/Belgique*, précité, point 49, al. 4. (36) Comm. EDH, déc. *X. c/République fédérale d'Allemagne*, précitée, p. 4.

ne se posa toutefois pas en l'espèce car rien ne laissait penser que l'arbitre – en l'occurrence, un consul – aurait commis un « *déni de justice* » (37). On traitera ultérieurement de l'influence générale de la CEDH sur l'arbitrage (38), au-delà de la seule problématique du consentement de l'individu. Plus largement dans *R. c/Suisse* (39), bien que répétant la limite imposée par la contrainte, la Commission laisse entendre qu'un « *vice du consentement* » invaliderait le recours à l'arbitrage – toutefois sur ce point, le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes (40). Comme le requiert le droit commun, la volonté de l'individu de recourir à l'arbitrage doit être non viciée ; il n'y a là, à nouveau, rien de surprenant. La jurisprudence des organes de Strasbourg offre tout de même quelques éléments de réflexion quant au caractère informé et certain de la volonté individuelle.

b) Volonté informée et non équivoque

39. La renonciation réalisée par l'individu « – pour autant qu'elle soit licite – doit se trouver établie de manière non équivoque » (41), que ce soit « *expressément ou tacitement* » (42). Il doit être certain que l'individu ait voulu recourir à l'arbitrage et en accepter les conséquences.

40. À cette fin, il doit comprendre ces dernières. Ainsi, « pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, [la renonciation] doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à son importance » (43) (nous soulignons). Exigeant cette condition, la Cour se réfère à sa jurisprudence *Pfeifer et Plankl c/Autriche* en matière de renonciation aux garanties consacrées dans l'article 6, § 1^{er}, de la CEDH (44) dans le contexte d'une procédure pénale. Dans cette affaire, il est intéressant de relever que, dans son raison-

nement conduisant au constat de violation de l'article 6 de la CEDH, la Cour souligne que les magistrats avaient posé à l'inculpé, en absence de son avocat – n'ayant même pas été convoqué –, une « *question essentiellement juridique* » (45) « dont M. Pfeifer – profane en droit – n'était guère en mesure de saisir toutes les implications » (46). La Cour note ainsi qu'un « *abandon exprimé sur-le-champ dans ces conditions paraît pour le moins sujet à caution* » et que peu importe le fait que « *le requérant ait déclaré ne pas estimer nécessaire la présence de son avocat* » (47). Elle conclut finalement que « *les circonstances entourant la décision du requérant la privent de toute validité au regard de la Convention* » (48).

L'information de l'internaute est d'autant plus cruciale en la matière qu'il est suggéré que celui-ci puisse adhérer à une convention d'arbitrage antérieure à la naissance du différend.

En extrapolant, l'on pourrait inférer de ces décisions un devoir du futur cocontractant, qui propose un arbitrage comme mode de règlement des litiges, d'informer le profane quant à la portée juridique et pratique des clauses portant sur la résolution des litiges. On ne peut s'empêcher de noter, en reprenant les termes de la Cour, le caractère « *essentiellement juridique* » des clauses relatives à la résolution des différends, et de souligner l'instantanéité de l'adhésion « *sur-le-champ* » de profanes en droit, à de telles clauses dans le cadre de l'utilisation de services en ligne et du cloud en particulier. Par exemple, lorsqu'un utilisateur s'inscrit à un réseau

social, en quelques clics, après avoir complété de quelques mots les divers champs d'une page web (49). Une obligation d'information quant au droit pèserait ainsi sur le cocontractant (50). Il en est déjà ainsi, nous semble-t-il, dans le cadre de la réglementation de la protection des personnes contre le traitement des données à caractère personnel, en matière de flux transfrontières de données (51).

Sans doute il est utile de mettre un bémol à de telles conclusions. La Cour EDH n'a dû juger, à propos de la validité de la clause qui nous occupe, que le comportement d'États, en l'occurrence celui d'un de ses agents : le magistrat. On peut donc se demander si elle est susceptible d'exiger de l'État qu'il impose aux particuliers une telle attitude. En d'autres termes, il faudra encore établir que ces exigences imposées par la jurisprudence de la CEDH valent horizontalement. Quoi qu'il en soit, l'information de l'internaute (52) est d'autant plus cruciale en la matière qu'il est suggéré que celui-ci puisse adhérer à une convention d'arbitrage antérieure à la naissance du différend.

c) Non-contrariété à un « public interest » : l'arbitrabilité réservée ?

41. En suivant l'approche adoptée dans l'affaire *Axelsson et a. c/Suède* – si elle est véritablement différente de celle retenue dans le présent propos (53) –, une réglementation interdisant aux parties ayant conclu une convention d'arbitrage d'accéder aux tribunaux étatiques n'est en principe pas contraire à l'article 6 CEDH si elle poursuit un but légitime et si les moyens employés pour l'accomplir sont proportionnés (54). En l'espèce, la Commission « *finds no indication that the dispute between the applicants and MTEA involved any issues of public interest which would have made an arbitration inappropriate or unreasonable* » (55) (nous

(37) Précité. (38) Voir *infra*, nos 42 et s. (39) Comm. EDH, déc. *R. c/Suisse*, précitée. (40) En l'espèce, le requérant aurait toutefois fait l'objet de menaces de la part de son adversaire (menaces de cessation de livraisons d'un produit dont il avait le monopole de production et de dissoudre la société commune), ce qui se rapproche de la contrainte. (41) CEDH, déc. *Eiffage SA et a. c/Suisse*, précitée, En droit, point 1, b), p. 13, al. 1^{er} ; CEDH, déc. *Suovaniemi et a. c/Finlande*, p. 5, *The law*, al. 3. (42) CEDH, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique*, 23 juin 1981, nos 6878/75 et 7238/75, point 59, al. 2. (43) CEDH, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/Belgique*, précité, point 59, al. 2 ; CEDH, déc. *Suovaniemi et a. c/Finlande*, p. 5, *The law*, al. 3. (44) CEDH, arrêt *Pfeifer et Plankl c/Autriche*, 25 févr. 1992, req. n° 10802/84, point 37. Concernant le caractère non équivoque de la renonciation, *adde*, CEDH, arrêt *Oberschlick c/Autriche*, 23 mai 1991, req. n° 11662/85, point 51 ; CEDH, arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c/Espagne*, 6 déc. 1988, req. n° 10590/83, point 82. (45) Dans cette affaire, les magistrats qui avaient eu à connaître au fond de la cause d'un des requérants avaient participé à l'instruction. M. Pfeifer avait été convoqué à deux reprises, une fois par un des magistrats originellement à l'instruction, l'autre fois par le président du Tribunal amené à statuer au fond. À l'occasion de ces entretiens, le requérant renonça chaque fois à agir en nullité du procès en raison du fait que deux des magistrats avaient participé à l'instruction de l'affaire. Il signa à deux reprises des procès-verbaux, systématiquement en l'absence de son avocat qui n'avait pas été convoqué aux entretiens. Voir CEDH, arrêt *Pfeifer et Plankl c/Autriche*, précité, point 13. (46) CEDH, arrêt *Pfeifer et Plankl c/Autriche*, précité, point 38, al. 2. (47) Précité. (48) CEDH, arrêt *Pfeifer et Plankl c/Autriche*, précité, point 39. (49) Pour des illustrations et descriptions, voir Moïny J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée*, Quelques réflexions en droits belge et américain, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 178 et s. (50) Par exemple, les voies de recours dont l'individu dispose en matière d'arbitrage, plus restreintes qu'en cas de procédure judiciaire traditionnelle, devraient être spécifiées. L'individu devrait également être averti des pouvoirs plus limités de l'arbitre ; contrairement au juge étatique, il ne peut notamment rien imposer aux tiers. (51) Voir Moïny J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée*, Quelques réflexions en droits belge et américain, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 166, et p. 169-170 pour une illustration en pratique. (52) À ce sujet, voir également RLDI 2011/77, partie I, n° 32. En matière d'ODR et d'information des internautes en général, voir Philippe M., *Now where do we stand with online dispute resolution (ODR)*, *International Business Law Journal*, 2010, 6, p. 566-568 et 569-571. (53) Voir *supra*, n° 34 et, en particulier, la note de bas de page n° 19. (54) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, précitée, *The law*, point 1, p. 5, al. 4. (55) Comm. EDH, déc. *Axelsson et a. c/Suède*, précitée, *The law*, point 1, p. 6, al. 2-3.

souignons). Le contrôle opéré paraîtrait donc plus large. Du point de vue des concepts utilisés, on relèvera justement que dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est bien un « *public interest* » qui sous-tend la protection du consommateur (56).

Il y aurait place, dans la jurisprudence des organes de Strasbourg, pour intégrer l'ensemble des considérations consuméristes développées précédemment. Nous serions en effet tentés de lire dans cette jurisprudence une réserve quant à l'arbitrabilité des litiges (57). Elle pourrait être rapprochée de considérations développées dans deux autres affaires. D'abord dans le cas *R. c/Suisse* (58), où la Commission soulignait que le droit d'accès à un Tribunal étatique « *n'implique pas, en matière civile, l'obligation de saisir un tribunal étatique pour régler un différend de nature patrimoniale opposant des particuliers* » (59) (nous soulignons). Certains verraient là *a contrario* un argument pour que les législations déclarant arbitrables uniquement les litiges de nature patrimoniale ou, plus largement, exigeant la libre disposition des droits en litige. Ensuite, de manière relativement proche dans sa décision *Eiffage SA et a. c/Suisse*, la Cour note que les « *parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat* » (60) (nous soulignons).

Cette problématique de l'arbitrabilité est évoquée au dernier titre de la présente contribution. Il importe maintenant d'évaluer l'influence potentielle de la CEDH sur la procédure et la sentence arbitrales.

3/ Influence générale de la CEDH

42. Cela a été souligné, le recours à l'arbitrage emporte une renonciation

partielle aux garanties de l'article 6 de la CEDH ; cette renonciation ne peut pas être générale et n'implique certainement pas la renonciation à l'ensemble de ces garanties (61). Il faut d'abord que la renonciation soit permise (62). Ensuite, si elle est permise, la renonciation peut être expresse ou tacite ; ce qui compte est qu'elle soit certaine. Tacitement, la conclusion d'une clause d'arbitrage emporte renonciation au recours à un Tribunal étatique. Cela est toutefois sans préjudice des voies ouvertes, par le droit national, en appui ou contrôle (par ex., *exequatur*) d'une procédure arbitrale. On pourrait également considérer que la renonciation à la publicité de la procédure est aussi impliquée par le consentement à l'arbitrage (63), sauf en ce qui concerne la non-confidentialité de la sentence arbitrale. Il n'y aurait toutefois pas renonciation implicite à des garanties telles que l'indépendance et l'impartialité des arbitres. La Cour a reconnu, dans l'affaire *Suovaniemi c/Finlande*, qu'une partie puisse renoncer à l'impartialité d'un arbitre en cours de procédure arbitrale. Mais une telle renonciation ne pourrait être impliquée par le seul fait d'accepter de recourir à un arbitrage (64). Par ailleurs, au stade de l'acceptation d'une clause d'arbitrage, la renonciation à une telle garantie ne paraît pas envisageable si le motif litigieux et ses conséquences potentielles ne sont pas parfaitement connus par le cocontractant.

Se pose la question de la possibilité d'une renonciation explicite aux garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH auxquelles il n'est pas implicitement renoncé à l'occasion de la conclusion d'une clause d'arbitrage (par ex., le droit d'être entendu). En particulier, le consentement

au règlement d'arbitrage, communiqué au cocontractant, ne pourrait-il pas emporter valablement renonciation à l'une ou l'autre des garanties auxquelles il est permis de renoncer ? À nouveau, la renonciation est susceptible d'intervenir durant la procédure d'arbitrage (65). Cette possibilité de renoncer serait cruciale quant aux garanties qui, par nature, empêcheraient nécessairement la praticabilité – et donc la possibilité – du recours à un arbitrage en ligne lorsque celui-ci est souhaitable (66).

Il faut aussi relever que la renonciation, si elle est ici envisagée sous l'angle de l'article 6 de la CEDH, pourrait concerner une autre disposition de la Convention. Ce qui est important pour la suite du propos.

43. Ainsi, s'il est vrai qu'en application de sa jurisprudence *Nordstrom c/Pays-Bas* (67) (68), la Commission n'exige pas des États qu'ils imposent que l'arbitrage soit conforme à l'article 6 de la CEDH, il nous semble que, sauf renonciation valable, l'arbitrage doit avoir lieu conformément à celui-ci, et même plus largement, conformément à l'ensemble des droits consacrés dans la CEDH et la jurisprudence de la Cour. En d'autres termes, le litige doit être tranché conformément à la CEDH quant à la procédure et au fond (69). Cette position semble s'imposer lorsque la procédure et la sentence arbitrales sont susceptibles d'être déférées, pour quelque raison que ce soit, devant un juge d'un État partie à la CEDH (70). Comme le relève J. Van Compernelle, il est de la responsabilité de l'État, sur la base de l'article 1^{er} de la CEDH, de l'effet horizontal de la Convention et au titre de ses obligations positives, de veiller à garantir aux individus, quant au pou-

(56) CJCE, arrêt *Centro Mobil Milenium*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 38. (57) Voir *infra*, n° 47. (58) Comm. EDH, déc. *R. c/Suisse*, précitée. (59) Comm. EDH, déc. *R. c/Suisse*, précitée, En droit, p. 10, al. 1^{er}. (60) CEDH, déc. *Eiffage SA et a. c/Suisse*, précitée, En droit, point 1, b), p. 13, al. 1^{er}. (61) Lambert P., L'arbitrage et l'article 6, 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme, in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Cambi Favre-Bulle A., Dal G.-A., Flécheux G., Lambert P. et Mourre A., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 21. (62) Par exemple, on peut ajouter aux développements précédents que la Cour juge explicitement, dans l'affaire *Suovaniemi c/Finlande*, que « [w]aiver may be permissible with regard to certain rights but not with regard to certain others », CEDH, déc. *Suovaniemi et a. c/Finlande*, p. 5, *The law*, al. 4. (63) CEDH, déc. *Suovaniemi et a. c/Finlande*, p. 5, *The law*, al. 4 ; Frumer P., La renonciation aux droits et libertés, précité, p. 118 et les références citées ; Van Compernelle J., L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ?, RDIDC 2010, n° 3, p. 392. (64) Il importerait bien entendu que l'individu soit correctement informé du contenu du règlement d'arbitrage. Par ailleurs, celui-ci ne pourrait être modifié ultérieurement sans qu'il manifeste à nouveau son accord. Du moins en ce qui concerne les modifications non mineures de la réglementation. En effet, l'internaute ne pourrait consentir à ce que le règlement d'arbitrage soit ultérieurement et unilatéralement modifié par l'institution d'arbitrage, puisqu'il ne serait alors pas informé, au moment de consentir, des renonciations potentiellement conséquentes. (65) À propos de cette dernière éventualité, voir Schultz T., *Human rights : a speed bump for arbitral procedures ? An exploration of safeguards in the acceleration of justice*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 17. (66) À propos de la difficulté de mettre en place un arbitrage en ligne où les règles de droit, telles que celles consacrées dans la CEDH, seraient scrupuleusement respectées, voir le commentaire de Schultz T., *Internet disputes, fairness in arbitration and transnationalism : a reply to Julia Hornle*, *International Journal of Law & Information Technology*, 2011, 19 (2), p. 153-163. (67) Comm. EDH, déc. *Nordstrom-Janzon et Nordstrom-Lehtinen c/Pays-Bas*, précitée. La partialité d'un arbitre était invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale. La Cour de cassation néerlandaise jugea qu'à ce stade de procédure, l'annulation pour violation de l'ordre public en raison de la partialité d'un arbitre nécessitait des faits avérés ou des doutes « si sérieux », et pas de simples apparences – standard moins élevé au stade d'une demande de récusation en cours de procédure arbitrale. (68) La Commission juge que « constatant que les motifs de contestation d'une sentence arbitrale devant les juridictions nationales varient d'un État contractant à l'autre, la Commission estime que l'on ne saurait exiger au regard de la Convention que les tribunaux internes veillent à la conformité des procédures d'arbitrage avec l'article 6 de la Convention », Comm. EDH, déc. *Nordstrom-Janzon et Nordstrom-Lehtinen c/Pays-Bas*, précitée, En droit, al. 9. (69) Ce qui serait toutefois critiquable sous l'angle de sa praticabilité, voir la critique d'une telle position, quant à ses conséquences, de Schultz T., *Internet disputes, fairness in arbitration and transnationalism : a reply to Julia Hornle*, précité. Dans le même sens, voir Cortes P., *Developing online dispute resolution for consumers in the EU : a proposal for the regulation of accredited providers*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 25. (70) Voir au sujet de l'applicabilité de la CEDH aux situations internationales, *infra*, n° 55 et s.

voir qu'il donne aux arbitres de rendre une sentence ayant autorité de chose jugée, le respect des garanties consacrées dans la CEDH (71). À cet égard, dans l'exercice des deux branches générales de leur « *jurisdiction* » (compétence) (72) (73), les États parties à la CEDH doivent veiller, en encadrant et contrôlant l'arbitrage (74), à ce que la Convention soit respectée. L'article 1^{er} implique que « *les États parties répondent de toute violation des droits et libertés protégés que peuvent subir les individus placés sous leur "jurisdiction"* » – c'est-à-dire leur compétence – au moment de la violation » (75) (nous soulignons). Lorsque toutes les composantes du litige arbitré sont localisées sur le territoire de la CEDH, la conclusion à tirer est simple : l'autorité publique ne pourra entériner une violation de la CEDH. La réflexion se corse toutefois lorsqu'il s'agit de déterminer à quelles situations internationales la CEDH aura vocation à s'appliquer complètement, partiellement ou pas du tout. Ce dont il est question plus loin (76).

B. – Droit belge

44. En Belgique, l'arbitrage doit-il être conforme à la CEDH ? Selon G.-A. Dal, « *la réponse paraît évidente et incontestable : l'arbitrage est bien soumis à la Convention européenne des droits de l'Homme, et notamment à son*

article 6 » (77). Une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2000 (78) l'illustre notamment. Déjà en 1993, la même Cour avait considéré qu'était contraire à l'ordre public belge le compromis d'arbitrage qu'un avocat était obligé de signer en raison du règlement de l'ordre des avocats aux fins du règlement d'un litige concernant ses honoraires ; une telle clause était signée sous la contrainte : la menace d'être sanctionné disciplinairement (79). Dans ses deux arrêts la Cour s'est prononcée sur des demandes d'annulation de sentences arbitrales. En 2000, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails de l'affaire, la Cour juge de manière limpide qu'« [o]nt incontestablement [l]e caractère [d'ordre public (80)] les dispositions qui sont visées par le moyen (81) (...), puisqu'il s'agit d'articles de la Constitution ou de conventions internationales ratifiées par la Belgique et relatives aux droits de l'Homme, aux droits civils et politiques, ou encore à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. À supposer dès lors que ces dispositions aient été violées par la sentence attaquée, la nullité de celle-ci devrait être prononcée, conformément à l'article 1704, § 2, a, du Code judiciaire » (82). In fine, la Cour conclut que les dispositions de la CEDH en cause n'ont pas été violées.

Le litige en cause – B2B – était clairement international (83), de telle sorte que, nous semble-t-il, la question de l'applicabilité de la CEDH au complexe juridique et factuel pouvait se poser, comme explicité ultérieurement (84). Ce qui ne fut pas le cas.

45. Un peu moins d'un an plus tard, en 2001, la même Cour se prononcera à nouveau sous l'angle de l'article 6 de la CEDH et de l'annulation d'une sentence, mais cette fois dans un autre sens (85). Elle considéra que « *le caractère d'ordre public des garanties de l'article 6, § 1^{er} [CEDH] ne s'oppose pas à ce que les parties à un litige renoncent à ces garanties en décidant, librement, de soustraire le litige aux juges institués par la loi pour le soumettre à un Tribunal arbitral, constitué conformément à leurs accords* » (nous soulignons). Il eût été préférable de considérer qu'il pouvait y avoir renonciation à certaines de ces garanties, conformément à la jurisprudence des organes de la CEDH. De cette généralisation découle probablement l'attendu suivant, qui paraît contestable, selon lequel : « [a]ttendu que le Tribunal arbitral ici en cause a été établi par la volonté des parties et non par la loi ; que les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, aux termes duquel "Toute personne a droit à ce que sa cause soit [entendue] équitablement, publiquement et dans

(71) En ce sens concernant l'application de l'article 6 de la CEDH aux procédures d'arbitrage, Van Compennolle J., L'application des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'arbitrage : question mal posée ou enjeu véritable ?, précité, p. 389-392. Voir encore Schultz T., *Human rights : a speed bump for arbitral procedures ? An exploration of safeguards in the acceleration of justice*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 15-16 et les références citées par l'auteur ; Hömle J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 102 ; *infra*, n° 55 et s., les développements relatifs à l'applicabilité de la CEDH aux situations internationales. (72) La compétence de l'État, ou sa « *jurisdiction* », peut être divisée en deux catégories générales de compétences : les « *compétences normatives* » (ou « *prescriptive jurisdiction* ») et les « *compétences d'exécution* » (« *enforcement jurisdiction* »). Par exemple, la loi, les réglementations adoptées par les gouvernements (arrêtés royaux en Belgique, décrets en France, etc.), les jugements, etc., relèvent des compétences normatives de l'État. Tandis que l'ensemble des voies d'exécution, saisie, expulsion, arrestation, recherche de preuves, etc., sont le fruit de la compétence d'exécution de l'État. On notera toutefois que la doctrine établit d'autres types de distinctions et nuances dans le détail desquelles il importe peu d'entrer en l'espèce. Au sujet de la compétence de l'État, voir, en doctrine francophone, Carreau D., *Droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 331-388 ; Combacau J. et Sur S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2006 ; Daillier P., Forteau M. et Pellet A., avec la collaboration de Müller D., Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2009, p. 514-572 ; Dupuis P.-M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, p. 59-85 ; Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, LGDJ 1975, p. 353-398 ; en doctrine anglophone : Brownlie I., *Principles of public international law*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1990, p. 286-321 ; Jennings R. et Watts A., *Oppenheim's International Law*, vol. 1, Longman, 1993, p. 456-498 ; Shaw M.N., *International Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 645-697. (73) Il est intéressant à ce propos de noter le glissement dans l'acception du terme « *jurisdiction* » dans l'article 1^{er} de la CEDH. En effet, il remplace originellement une référence au territoire qui, probablement, présentait une adaptabilité inférieure à celle du concept de *jurisdiction* qui, selon nous, laisse plus de place à l'interprétation juridique, en particulier dans un contexte tel que celui du *cloud computing* et d'internet. Les rédacteurs ont certainement visé la *jurisdiction territoriale* dans son acception la plus stricte. Mais le concept de *jurisdiction* peut être interprété comme renvoyant à l'exercice de l'ensemble de ses compétences par l'État. À propos de l'historique du texte de l'article 1^{er} de la CEDH, voir CEDH, déc. *Bankovic et a. c/Belgique et a.*, 12 déc. 2001, n° 52207/99 (Gde Ch.), point 63. Selon nous, l'utilisation du concept de « *jurisdiction* » a permis textuellement, certes à titre très exceptionnel, l'application extraterritoriale de la CEDH, voir *infra*, les développements des n° 54 et suivants et leurs références infrapaginales. (74) Il en est ainsi sous l'angle de l'article 6 de la CEDH, au stade de la reconnaissance et de l'exequatur de la sentence arbitrale, voir Comm. EDH, décision *Jakob Boss Sönhe KG c/Allemagne*, 2 déc. 1991, *The law*, al. 4. (75) CEDH, arrêt *Assanidzé c/Géorgie*, 8 avr. 2004, n° 71503/01 (Gde Ch.), point 137, al. 2. (76) Voir, au sujet de l'applicabilité de la CEDH aux situations internationales, *infra*, n° 55 et s. (77) Dal G.-A., Le point de vue belge, in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, précité, p. 59. (78) Bruxelles (ch. suppl. I), 6 déc. 2000, JT 2001, p. 571, obs. Hanotiau B. (79) Bruxelles (1^{re} ch.), 4 oct. 1993, Rev. trim. Dr h., 1994, p. 605, obs. Goffin L. (80) La Cour s'appuie sur l'article 6 du Code civil et la définition de la loi d'ordre public donnée par la Cour de cassation en 1968, Cass., 15 mars 1968, Pas., I, p. 884. (81) À savoir notamment : les articles 3 et 6 (§ 1^{er}) de la CEDH combinés chacun avec l'article 14 de la CEDH, l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel combiné avec l'article 14 de la CEDH, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention de New York du 7 mars 1996 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. (82) Bruxelles (ch. suppl. I), 6 déc. 2000, précité, point 2.4, al. 3 et 4. (83) Il s'agissait de l'importation et de la distribution de véhicules General Motors dans l'ancien Zaïre. Il impliquait, d'une part, des sociétés y exerçant leur activité : General Motors Zaïre (GMZ) (instituée en 1971), une filiale à Kinshasa de la société de droit américain General Motors, Africar, une société de droit zaïrois, une société de droit panaméen à qui avait été vendu 80 % du capital de GMZ qui, le jour de cette vente, avait cédé des actifs à Africar remplaçant désormais GMZ pour l'importation des produits de GMZ, société également contractante de General Motors Overseas Corporation. D'autre part, GMZ avait souscrit un contrat d'assurance auprès d'une compagnie d'assurances belge. Le litige concernait l'exécution du contrat d'assurance et l'indemnité réclamée par GMZ en raison de la destruction, à Kinshasa, des installations de GMZ et d'Africar. En fait, la compagnie d'assurances refusa d'intervenir en raison du changement de contrôle au sein de GMZ qui n'était désormais plus contrôlée par des actionnaires américains mais par des intérêts zaïrois. En résumé, selon la compagnie, le risque avait été modifié sans qu'elle en ait été informée. La GMZ se plaignait d'une discrimination raciale. Elle contestait que la minorisation des intérêts américains puisse avoir une incidence sur l'opinion objective et raisonnable de l'assureur. Argument auquel la Cour ne fit pas droit. Le Tribunal et celle-ci ne reconstruisent que le risque était en effet différent selon que la société GMZ appartenait à des intérêts américains ou locaux. (84) Voir *infra*, n° 55 et s., au sujet de l'applicabilité de la CEDH aux situations internationales. (85) Bruxelles (7^e ch.), 8 oct. 2001, JT 2002, p. 635.

un délai raisonnable, par un Tribunal indépendant et impartial, établi par la loi... » ne peuvent donc être valablement invoquées en l'espèce » (86). La décision se focalise ensuite néanmoins sur la nécessité de respecter les conditions d'un procès équitable conforme aux principes généraux et fondamentaux du droit belge et, de manière ambiguë, « en tant que de besoin, aux dispositions de la Convention ». On pourrait donc lire que la Cour a juste rappelé un principe de subsidiarité : le droit belge est appliqué et, au cas où il serait défaillant quant à la question litigieuse, les dispositions internationales seraient appelées.

46. Plus récemment, une décision de 2009, du Tribunal de première instance de Bruxelles statuant en référé, opposant l'Excelsior Mouscron (club de football) à l'URBSFA (fédération sportive) quant à un retrait de licence (87), se trouve dans la droite ligne des décisions de 1993 et 2000 de la Cour d'appel du même arrondissement. En cas de litige concernant l'octroi ou le retrait d'une licence par la commission des licences, le règlement de l'URBSFA – auquel ont consenti les clubs affiliés – prévoit que le club en question peut introduire un recours devant la commission des licences d'appel (CLA). Ces procédures internes épuisées, il convient de recourir à un arbitrage par la Commission belge d'arbitrage pour le sport (CBAS). Le Tribunal va analyser si ces organes ont permis au club en question de faire entendre sa cause conformément à l'article 6 de la CEDH. Le Tribunal refusera « d'appliquer la clause d'arbitrage qui interdit aux membres de l'URBSFA de porter les litiges relatifs à leur activité sportive devant les tribunaux étatiques, lorsque, comme en l'espèce, l'application de celle-ci contrevient aux articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme » (nous soulignons).

En effet, le Tribunal a considéré, d'une part, que la CBAS ne bénéficiait pas d'un

pouvoir de pleine juridiction (88) et que, d'autre part, la CLA n'offrait pas les garanties d'impartialité objective et d'indépendance et ne bénéficiait pas non plus d'un pouvoir de pleine juridiction (89). En quelques mots, le « club de Mouscron n'apparaît donc pas avoir eu la possibilité de soumettre la décision de retrait de la licence prise à son encontre à un contrôle de pleine juridiction, devant un Tribunal impartial et indépendant ». Sous l'angle de l'impartialité, l'on pourrait lire dans la décision que le club n'aurait pu renoncer à l'impartialité des membres de la CLA. Ainsi celle-ci serait une des garanties qui n'est pas de ces « certaines garanties » auxquelles l'individu renonce lorsqu'il accepte une clause d'arbitrage. Mais le propos du Tribunal semble plus large en ce qu'il juge que « l'article 6 de la Convention consacre un droit fondamental, qui relève de l'ordre public et qui doit, par

L'arbitrage en matière de litiges du cloud est possible mais strictement encadré ; l'individu dispose d'une double protection : l'une à titre de consommateur, l'autre à titre de personne.

conséquent, être respecté, sans que les parties ne puissent en disposer ».

En synthèse, en Belgique, clauses et sentences arbitrales devront être conformes à la CEDH.

IV. – ORDRES PUBLICS ET LEUR APPLICABILITÉ

Nous l'avons vu, l'arbitrage en matière de litiges du cloud est possible mais strictement encadré ; l'individu dispose d'une double protection : l'une à titre de consommateur (B), l'autre à titre de personne (C). Ces deux protections reflètent

des ordres publics de sources différentes et se déclenchent par les canaux traditionnels d'expression de l'ordre public en matière d'arbitrage (A). Dans un contexte tel que celui étudié, il est par ailleurs crucial de systématiquement réfléchir à la portée spatiale des protections en question.

A. – Arbitrage et ordre public

47. L'ordre public délimite la mesure dans laquelle l'État tolère la justice privée. Nous y verrons de manière générale, ce que P. Lagarde, cité par T. Schultz, appelle un « point de passage » de l'ordre juridique privé des parties, à l'ordre juridique du droit étatique (90) qui s'exprimera ici, en ultime recours, par l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ou son annulation. L'ordre public intéresse le propos d'abord en ce qu'il définit l'arbitrabilité d'un litige. Cette dernière « exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres » (91). Le propos se concentre désormais principalement sur l'arbitrabilité objective, celle qui porte sur l'objet du différend. Mais la problématique des clauses abusives étudiée précédemment peut être rattachée à l'arbitrabilité subjective, à savoir celle relative à la qualité de la personne recourant à l'arbitrage. « La question de l'arbitrabilité est éminemment complexe et controversée. » (92) Nous nous limiterons donc à quelques développements. L'arbitrabilité constitue une condition de validité de la convention d'arbitrage (93) ; elle est la règle, son contraire, l'exception (94). Sa violation est également un motif d'annulation de la sentence arbitrale (95) et de refus de son exequatur (96). Elle est « un aspect de l'ordre public, qui est une notion plus large » (97).

Aujourd'hui en Belgique, le droit applicable à l'arbitrabilité est la *lex fori*, que le juge soit saisi d'une demande

(86) Le litige opposait un assuré (« tous risques bijoux ») contre son assureur. L'assuré, non indemnisé à la suite de sa déclaration de sinistre, avait décidé de suivre la procédure arbitrale spécifiée dans les conditions générales de la police d'assurance. Lui-même et son assureur désignèrent chacun un arbitre. Chaque arbitre désigné était un avocat jouissant d'une expertise particulière en matière de droit des assurances. Ces arbitres avaient désigné un troisième avocat également spécialisé. Sans s'être plaint à l'occasion de la procédure arbitrale, le requérant entendait contester l'impartialité du Tribunal arbitral au motif que ces avocats étaient des avocats habituels de compagnies d'assurances. La Cour d'appel considéra entre autres qu'il n'était pas crédible quand il prétendait avoir ignoré cela lors de la procédure arbitrale. (87) Civ. Bruxelles (réf.), 18 déc. 2009, JLM 2010/1, p. 17. (88) À ce sujet, parmi « les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction, figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieure, lorsque, le cas échéant, sa validité n'est pas vérifiée » (nous soulignons). En l'espèce, le CBAS ne pouvait pas connaître des éléments de faits ou de droit non développés devant l'organe ayant pris la décision litigieuse. (89) À ce sujet, voir Civ. Bruxelles (réf.), 18 déc. 2009, précité, p. 23-24. (90) Schultz T., eBay : un système juridique en formation, RDTI 2005, n° 22, p. 39. (91) Level P., L'arbitrabilité, Rev. arb. 1992, p. 213. (92) Closset-Marchal G., Le juge étatique et l'instance arbitrale, précité, p. 246. Sur cette question en général, voir Hanotiau B., L'arbitrabilité, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 2002, t. 296, p. 29-253. (93) Hanotiau B., L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, JDI 1994, 4, p. 899. Voir l'article 1676, § 1^{er}, du Code judiciaire. (94) Hanotiau B., L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, précité, p. 901. (95) Voir l'article 1704, § 2, b), du Code judiciaire. (96) Voir l'article 1710, § 3, du Code judiciaire, et l'article V, § 2, a), de la Convention de New York. (97) Hanotiau B., L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, précité, p. 921.

d'*exequatur* d'une sentence internationale, même si la Convention de New York ne le spécifie pas explicitement (98), ou qu'il apprécie s'il y a lieu ou non à déclinaire de juridiction (99). Alors que l'on eût pu plaider, dans cette dernière hypothèse, que la loi applicable à la question de l'arbitrabilité était la loi que les parties ont choisie et qui est applicable à la convention d'arbitrage (100). Dans cette hypothèse, pour peu que cette loi déclare arbitral le litige en question, une place aurait été laissée à l'arbitrage et à l'exécution de la sentence en tout cas dans cet État dont la loi est déclarée applicable. Quoi qu'il en soit, c'est donc selon le droit belge qu'un juge belge définira l'arbitrabilité du litige au sujet duquel il est consulté.

On enseigne que ne sont généralement pas arbitrables les litiges portant sur « les droits indisponibles » (101), dans lesquels se classent notamment, en principe, les droits des consommateurs et les droits fondamentaux. Un litige est arbitral, en droit belge (102), s'il est permis de transiger sur le rapport de droit en question (103), sauf exception prévue par la loi ; « le critère est celui de la libre disponibilité des droits » (104). Raisonnant en termes de disponibilité des droits, on notera que la doctrine française reconnaît le caractère temporaire de l'indisponibilité des droits des consommateurs ; les droits nés, le sujet peut en disposer librement, mais pas au moment de la conclusion du contrat (105). L'article 2046 du Code civil belge permet quant à lui de transiger sur les intérêts civils d'un « délit », même si, plutôt que délit, il convient de lire « infraction », du moins selon le Tribunal de première instance de Charleroi (106). Un litige portant sur

de tels aspects serait par conséquent arbitral. G. Keutgen ajoute, se fondant sur une décision inédite de la Cour d'appel de Gand, que le « fait que la violation d'une loi soit pénalement sanctionnée ne soustrait pas la matière réglée à l'arbitrage » (107). En résumé, l'article 1676 du Code judiciaire belge est « interprété de manière très libérale par la doctrine et la jurisprudence. Au vu de la *favor arbitrandum* qui prévaut aujourd'hui, les hypothèses dans lesquelles une sentence arbitrale pourra être annulée de ce chef sont vraisemblablement très rares » (108). In fine, il est aujourd'hui admis que l'arbitre peut appliquer les règles d'ordre public mais qu'il est tenu de les appliquer correctement ; la sentence arbitrale peut porter sur une question d'ordre public mais elle ne peut pas contrarier ce dernier (109).

48. La question de l'arbitrabilité n'est pas le seul canal d'intervention de l'ordre public en matière d'arbitrage. Cette question est même relativement réduite. Les autres interventions de l'ordre public sont plus fondamentales. Ainsi, une sentence arbitrale est annulable lorsqu'elle est contraire à l'ordre public (110). Et l'*exequatur* d'une sentence est refusée si celle-ci ou la sentence elle-même contrarie l'ordre public (111). Quant à ce second point, en matière d'exécution de sentences étrangères en Belgique, la Convention de New York s'appliquera souvent eu égard aux nombreux États l'ayant ratifiée. Et l'interprétation restrictive du motif de violation de l'ordre public qui prévaut ne permettra de retenir que les violations de « l'ordre public international » et pas de l'ordre public interne (112), le premier consti-

tuant une version réduite du second. Si l'ordre public est une notion « qui se sent beaucoup plus qu'elle ne se définit » (113), il convient à présent de tenter de déterminer quand les textes européens évoqués précédemment interviennent à ce titre, le juge étatique une fois saisi. On retiendra surtout, pour les besoins du propos, que ce dernier peut notamment être saisi d'une demande principale à l'occasion de laquelle il doit se prononcer sur le déclinaire de juridiction, d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale ou enfin, d'une demande d'*exequatur* d'une telle sentence. Chacune de ces étapes engendre un contrôle du respect de l'ordre public.

C. – Clauses abusives

49. L'article 43 de la nouvelle directive spécifie qu'elle est impérative, que les consommateurs ne peuvent renoncer aux droits qu'elle leur octroie. Conformément à la finalité protectrice de la prohibition des clauses abusives (114), la Cour de justice a déjà jugé, sous l'empire de la directive n° 93/13, que le juge devait pouvoir (115) et devait (116) apprécier d'office le caractère potentiellement abusif d'une clause dont il est amené à connaître. Ce qui a un effet dissuasif et palliatif (117). Il doit également prendre d'office « les mesures d'instruction » nécessaires à cet effet (118). Peu importe que le consommateur soit représenté par un avocat ; cela vaut toujours (119). In *limine litis*, le juge doit donc passer au crible les clauses d'arbitrage ou d'élection de *for*, les unes le privant de juridiction, les autres de compétence, afin, le cas échéant, de les écarter. Et le législateur national ne peut pas imposer sans mesure un délai de forclusion au

(98) Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 1979 (*Audi-NSU c/Adelin Petit*), Pas., I, 1979, p. 1260. Pour la décision d'appel, voir Liège (3^e ch.), 12 mai 1977, JT 1977, p. 710, obs. Keutgen G. et Huys M. (99) Cass., 15 oct. 2004, RDC 2005, p. 488, note Hollander P. ; Cass., 16 nov. 2006, RDC 2007, p. 889 (extraits), note Mertens L. (100) Voir Comm. Bruxelles, 5 oct. 1994, Rev. arb. 1995, p. 311, obs. Hanotiau B. (101) Hanotiau B., L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, précité, p. 903. (102) Pour un aperçu de décisions judiciaires touchant à l'arbitrabilité (entre 1993 et 2003), voir Keutgen G., Chronique de jurisprudence, L'arbitrage, JT 2004, p. 431-432. (103) Voir l'article 1676, § 1^{er}, du Code judiciaire. (104) Keutgen G., L'arbitrage et la mondialisation du commerce, RDIC 2010, 2, p. 236. (105) Loquin E., L'arbitrage des litiges du droit de la consommation, précité, p. 361. (106) Le mot délit « doit être pris dans un sens large, celui d'infraction, qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention » (voir De Grave, Le contrat de transaction, p. 334, n° 262, et les auteurs cités) ; Civ. Charleroi (1^{re} ch.), 15 nov. 1991, JT 1992, p. 226. En l'espèce, un litige était né entre des assurés et leur assureur en raison du refus d'intervention de ce dernier pour un incendie qu'il considérait comme étant d'origine criminelle. Une information avait eu lieu, et les experts nommés par le parquet avaient conclu à l'hypothèse d'un incendie criminel. Le parquet classa toutefois l'affaire sans suite. Les parties signèrent alors un compromis d'arbitrage, et les assurés obtinrent gain de cause. Les arbitres considérèrent qu'il n'y avait aucune certitude quant à l'origine criminelle de l'incendie. L'assureur avait alors soutenu que le litige ne pouvait être arbitral à l'occasion d'une action en annulation de la sentence. Le Tribunal releva à cette occasion que les arbitres n'avaient pas eu à se prononcer sur une éventuelle culpabilité, « mais uniquement sur les conditions d'application d'une convention d'assurance ». (107) Keutgen G., Chronique de jurisprudence, L'arbitrage, précité, p. 432. (108) Hanotiau B. et Caprasse O., L'annulation des sentences arbitrales, JT 2004, p. 420. (109) Hanotiau B., L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen, précité, p. 932 et s. À propos de l'arbitrabilité en général et en matière de litiges impliquant des consommateurs, voir Schultz T. et Kaufmann-Kohler G., Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 170-171, et les références citées par les auteurs. (110) Article 1704, § 2, a), du Code judiciaire. (111) Article 1723, 2^e, du Code judiciaire ; article V, § 2, b), de la Convention de New York. (112) Hanotiau B. et Duquesne B., L'exécution en Belgique des sentences arbitrales belges et étrangères, JT 1997, p. 313. (113) Hanotiau B. et Caprasse O., L'annulation des sentences arbitrales, précité, p. 417. (114) Voir RLDI 2011/77, partie I, n° 16. (115) CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 29. (116) CJCE, arrêt *Centro Mobil Milenium*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 38. (117) Voir CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, RLDI 2011/77, partie I, points 28 et 26. La solution pallie l'ignorance de ses droits par le consommateur, ou le fait qu'il soit dissuadé d'agir en justice en raison des frais et honoraires liés. Elle dissuade par ailleurs les professionnels de recourir à des clauses abusives. (118) CJUE, arrêt *Ferenc Schneider*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 56. (119) Voir CJCE (1^{re} ch.), 4 oct. 2007 (*Max Rampion et Marie-Jeanne Godard c/Franfinance SA et K par K SAS*), aff. C-429/05, Rec., 2007, p. I-08017, point 65.

consommateur pour s'en plaindre ou au juge pour pallier l'inactivité de celui-là (120) ; cela s'apprécie *in concreto*, en fonction des contextes factuel et juridique de l'espèce (121).

50. En matière d'arbitrage, lorsque le droit national permet d'agir en nullité contre une sentence arbitrale pour violation de l'ordre public national, le consommateur peut, à ce stade et même s'il n'a pas soulevé la question devant les arbitres, invoquer avec succès la nullité d'une clause compromissaire qui serait abusive (122). Il est vrai que l'affaire *Asturcom* – interne à l'Espagne – spécifie que le principe d'effectivité du droit communautaire (123) n'oblige pas la juridiction nationale à « suppléer intégralement à la passivité totale du consommateur concerné qui (...) n'a ni participé à la procédure arbitrale ni introduit une action en annulation contre la sentence arbitrale devenue de ce fait définitive » (124), et se plaindrait alors à l'occasion de la demande d'exécution de la sentence arbitrale. Toutefois, en vertu du principe d'équivalence (125), la Cour de justice décide que, si le juge de l'exécution peut ou doit apprécier la conformité de la sentence à l'ordre public national, il doit apprécier le caractère abusif d'une clause compromissaire (126). Mais « si le consommateur, après avoir été avisé par [le] juge, entend ne pas faire valoir le caractère abusif et non contraignant » de la clause en question, ce juge « n'est (...) pas tenu (...) d'écarter l'application de la clause en cause » (127) ; aux États membres de moduler l'interventionnisme à cet égard.

51. Sommairement, il s'agit, en toutes hypothèses, d'assurer la « protection effective du consommateur » (128), sans pour autant suppléer à sa passivité totale. Dès que le juge est amené à connaître d'une procédure arbitrale – par exemple, en tant que juge de contrôle –, il doit ap-

précier d'office si la clause d'arbitrage en question est abusive ou non. En tout cas lorsqu'il y a place pour le filtre de l'ordre public national. Là, l'ordre public européen sanctionnant les clauses abusives doit intervenir automatiquement par son intermédiaire. À ce sujet, on conviendra que s'il y a lieu de faire une distinction, en matière de reconnaissance de sentences arbitrales, entre ordre public interne et ordre public international, ce dernier n'est jamais qu'une branche de l'ordre public national qui doit par conséquent comprendre la protection européenne du consommateur contre les clauses abusives. S'il y a lieu d'appliquer matériellement cette dernière protection au titre de l'ordre public, il faudra toutefois vérifier si la situation

Un prestataire du cloud qui n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne mais qui manifeste sa volonté d'établir des relations commerciales avec des consommateurs de l'Union européenne, est susceptible de devoir se plier aux règles protectrices du consommateur résident habituel de l'Union.

de l'espèce entre dans son champ d'application spatial (129).

On s'attendra également à ce que les autres dispositions indérogeables du droit européen de la consommation doivent être appliquées par les juges et les arbitres. Dans le cas contraire, la sentence contraire à cet ordre public européen ne pourrait être exécutée. Il est toutefois choisi, dans les limites de la présente contribution, de ne pas rechercher et analyser celles-ci.

52. Enfin se pose la question de l'applicabilité spatiale de la protection du consommateur contre les clauses abusives (130) ; quel degré d'internationalité du litige priverait le consommateur de cette protection ? La directive n° 93/13 prévoit qu'il ne peut être fait obstacle à son applicabilité par le choix contractuel du droit d'un État tiers si le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres (131). Si ce rattachement étroit peut être établi par des présomptions légales, il ne peut néanmoins pas être limité par des critères de rattachement prédéfinis tels que ceux délimitant la protection du consommateur dans l'ancienne Convention de Rome – actuellement, le règlement « Rome I » (132). En effet, le concept de lien étroit est « délibérément vague » (133). Autrement dit, c'est à nouveau une appréciation *in concreto* que le juge est amené à réaliser. Inévitablement, les considérations développées en matière de protection du « cyberconsommateur » en droit international privé dans le cadre du règlement « Rome I » sont transposables, *mutatis mutandis* – par exemple, le cas échéant, avec d'autres éléments de rattachement –, à ce propos (134). Par conséquent, un prestataire du cloud qui n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne mais qui manifeste sa volonté d'établir des relations commerciales avec des consommateurs de l'Union européenne, dirigeant de la sorte ses activités vers tout ou partie du marché communautaire, est susceptible de devoir se plier aux règles protectrices du consommateur résident habituel de l'Union.

Dans les autres hypothèses, à savoir si les parties n'ont pas choisi le droit applicable ou si le droit choisi est celui d'un autre État membre de l'Union, c'est le règlement « Rome I » qui s'appliquera et déterminera ce droit.

(120) Voir par exemple CJCE (5^e ch.), 21 nov. 2002 (*Cofidis SA c/Jean-Louis Fredout*), aff. C-473/00, Rec., 2002, p. I-10875, où était en cause une clause financière considérée comme abusive par le Tribunal d'instance français en question. Le cœur du problème, où il s'agissait pour le professionnel d'obtenir l'exécution forcée d'une clause abusive, était qu'il suffisait à celui-ci d'attendre l'écoulement du délai d'introduction de l'action en nullité du consommateur, pour pouvoir obtenir en justice l'exécution de la clause et opposer au consommateur qu'il était forcé. (121) CJCE, arrêt *Cofidis*, précité, point 37. (122) Voir CJCE, arrêt *Centro Movil Milenium*, précité, RLDI 2011/77, partie I. (123) Ce principe est relatif aux limites posées par le droit national à l'office du juge en la matière. À son propos et à propos de la jurisprudence de la Cour quant à l'office du juge national en matière de droit de la consommation, voir Houyvet Y., L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux, JDE 2010/3, p. 70-74. (124) CJCE (1^{re} ch.), 6 oct 2009 (*Asturcom Telecomunicaciones SL c/Cristina Rodriguez Nogueira*), aff. C-40/08, Rec., 2009, p. I-09579, point 47. Pour respecter le principe d'effectivité, il convient que le délai de recours à peine de forclusion soit raisonnable, voir points 39-48. (125) Au sujet de ce principe, voir Houyvet Y., L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux, précité, point 53. (126) CJCE, arrêt *Asturcom*, précité, point 53. (127) CJCE, arrêt *Pannon GSM*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 33. (128) Voir CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, RLDI 2011/77, partie I, point 26 ; CJCE, arrêt *Cofidis*, précité, point 33. (129) Voir *infra*, n° 52. (130) Cette question se pose également pour les autres dispositions protectrices du consommateur. Celles-ci ne sont toutefois pas abordées dans la présente réflexion. (131) Article 6, § 2, de la directive n° 93/13. (132) Voir l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 9 oct. 1980, n° L 266, JOCE 26 janv. 1998, n° C 27 ; actuellement, voir l'article 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOCE 4 juill. 2008, n° L 177. (133) CJCE (1^{re} ch.), 9 sept. 2004 (*Commission c/Espagne*), aff. C-70/03, Rec., 2004, p. I-07999, points 31-33. (134) Voir Moïny J.-P. et De Groote B., « Cyberconsommation » et droit international privé, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 18-36. Récemment, voir CJUE (Gde Ch.), 7 déc. 2010 (*Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof mbH c/Oliver Heller*), aff. C-585/2008 et C-144/09, Rec., 2010, points 75 et s.

53. En ce qui concerne la nouvelle directive, la perspective est quelque peu modifiée : si « *le droit applicable au contrat est le droit d'un État membre, le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par la présente directive* » (135). Autrement dit, cette dernière ne comporte plus de règle d'applicabilité lorsque le droit d'un État tiers est choisi par les parties. Ce sont donc les critères applicables en vertu du règlement « Rome I » qui seront directement d'application.

C. – Droits de l'Homme

54. La CEDH constitue un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » (136). Déjà en 1961, la Commission soulignait que les États membres avaient voulu « *instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit* » (137). Nous avons souligné précédemment que la CEDH s'appliquait à l'arbitrage de manière générale, en tout cas aux situations internes aux États parties à la Convention.

55. Toutefois, lorsque le litige comporte des éléments d'extranéité au-delà des États du Conseil de l'Europe, la réflexion se complique. En effet, « *la Convention ne régit pas les actes d'un État tiers, ni ne prétend exiger des parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil État* » (138) (nous soulignons). L'on conçoit bien qu'elle opère dans un « *contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants* » (139). Or, dans le cadre du *cloud computing*, il est aisé d'envisager un contexte factuel impliquant des ressortissants d'États du Conseil de l'Europe et d'États tiers. Il suffit d'imaginer l'internaute contractant avec un prestataire de services établi aux États-Unis et convenant avec celui-ci que tous les litiges liés à l'utilisation du service seront soumis

à un arbitrage. Il en fut ainsi pendant plusieurs années dans l'hypothèse du réseau social Facebook qui, de surcroît, mettait en cause – et implique d'ailleurs toujours – le traitement de données à caractère personnel par le prestataire de services. Ce qui pouvait être un cas d'école antérieurement – clause d'arbitrage dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel établi dans un État tiers du Conseil de l'Europe et mettant en cause des droits fondamentaux autres que l'article 6 de la CEDH (140) – pourrait devenir banal dans un contexte tel que celui du *cloud computing*.

Seules des pistes de réponse peuvent être proposées à l'occasion de la présente contribution. À cette fin, deux hypothèses de départ sont choisies. L'une est celle d'un utilisateur en litige avec un prestataire d'un service du *cloud* (e.g., un réseau social) qui entend saisir les tribunaux de son État de résidence habituelle – partie à la CEDH –, où il utilise le service en question *via* son ordinateur et une connexion internet. Le prestataire, se prévalant des clauses générales du service, demanderait alors à la juridiction saisie un déclinatoire de juridiction. Une autre hypothèse est celle du professionnel souhaitant obtenir l'*exequatur* d'une sentence arbitrale obtenue à l'étranger, dans l'État de résidence du consommateur afin de procéder à l'exécution forcée.

56. La distinction évoquée dans sa thèse par S. Francq entre force obligatoire et applicabilité est éclairante (141). Sur cette base, dans le contexte précité, où un juge est saisi d'une action en justice par un individu se trouvant sur son territoire, la CEDH a manifestement *force obligatoire* et lie tout juge national d'un État partie à la CEDH. La saisine d'un tel juge par un individu crée un lien juridictionnel entre ce dernier et l'État au sens de l'article 1^{er} de la CEDH (142). La jurisprudence bien connue de la Cour

portant sur la portée territoriale de la compétence de l'État et de ses engagements au regard de la CEDH et du concept de juridiction – notamment dans les cas *Loizidou c/Turquie* (143), *Bankovic et a. c/Belgique et a.* (144), et les autres hypothèses similaires sous l'angle de la territorialité (145) – semblent délimiter la force obligatoire de la CEDH, plutôt que traiter de son *applicabilité* à des situations internationales. En effet, il est question dans ces affaires de complexes factuels essentiellement localisés, certes sur le territoire d'un État tiers à la CEDH, dans un même État. D'une certaine façon, il serait question, si l'on pouvait dire, d'hypothèses « internes » à l'étranger... En d'autres termes, conclure qu'il y a *juridiction* d'un État membre au sens de l'article 1^{er} de la CEDH n'épuise pas le débat sur *l'applicabilité* de la Convention *entre parties* au litige en question. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un juge d'un État partie à la CEDH est saisi d'un litige, qu'il sera tenu de veiller au respect de la CEDH quant au fond de ce litige, quelle que soit l'internationalité que présente le complexe juridique et factuel en question.

Dans l'hypothèse étudiée en l'espèce, qu'en est-il donc de l'applicabilité de la CEDH au cas soumis au juge ? Il est évident que le juge saisi devra appliquer pleinement les garanties de l'article 6 de la CEDH à la procédure en question. Mais *quid* de l'application de l'article 6 de la CEDH à l'arbitrage et, au fond du litige, des *autres dispositions de la CEDH* ? Quand le prestataire de services établi dans un État tiers serait-il obligé, par la CEDH et la jurisprudence de ses organes, de respecter la Convention ? Se pose finalement la question de la *portée spatiale de l'effet horizontal* de la CEDH. Les rédacteurs de la CEDH, par la référence au territoire et à la juridiction des États, ont délimité la force obligatoire du texte international. Toutefois, ils n'en ont pas défini l'applicabilité entre parties

(135) Article 43 de la nouvelle directive. (136) CEDH, arrêt *Loizidou c/Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, req. n° 15318/89 (Gde Ch.), points 75, al. 2, et 93 ; CEDH, arrêt *Chypre c/Turquie*, 10 mai 2001, req. n° 25781/94 (Gde Ch.), point 78 ; CEDH, arrêt *Bosphorus c/Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98 (Gde Ch.), point 156, al. 2 ; CEDH, déc. *Bankovic et a. c/ Belgique et a.*, précitée, point 80. (137) Comm. EDH, déc. *Autriche c/Italie*, 11 janv. 1961, req. n° 788/60, Annuaire Conv. EDH, vol. 4, p. 139, al. 6. *Adde.* Comm. EDH, déc. *Tete c/ France*, précitée, RLDI 2011/77, partie I, En droit, point 3, al. 3. (138) CEDH, arrêt *Soering c/Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, req. n° 14038/88 (Ass. plén.), point 86, al. 2. *Adde.* CEDH, arrêt *Drozdz et Janousek c/France et Espagne*, 26 juin 1992, req. n° 12747/87 (Ass. plén.), point 108. (139) CEDH, déc. *Bankovic et a. c/Belgique et a.*, précitée, point 80. (140) En particulier à l'article 8 de la CEDH. (141) Voir Francq S., L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ 2005, p. 51-55. Selon l'auteur, la question de la force obligatoire, définie comme « *l'aptitude d'une norme à engendrer des obligations au sein d'un ordre juridique* », se distingue de celle de l'applicabilité d'une norme qui tend à « *définir les situations auxquelles une norme entend s'appliquer effectivement* », p. 51-52. (142) Explicitement en ce sens, voir CEDH, arrêt *Markovic et a. c/Italie*, 14 déc. 2006, n° 1398/03 (Gde Ch.), point 54. Implicitement en ce sens, voir not. CEDH, déc. *Bankovic et a. c/Belgique et a.*, précitée, point 68. Dans une telle hypothèse, l'individu est soumis à la compétence normative de l'État ou, plus précisément si l'on veut, à son « *adjudicative jurisdiction* », voir *supra*, note de bas de page n° 72. (143) CEDH, arrêt *Loizidou c/Turquie* (exceptions préliminaires), précité ; CEDH, arrêt *Loizidou c/Turquie* (fond), 18 déc. 1996, n° 15318/89 (Gde Ch.). (144) CEDH, déc. *Bankovic et a. c/Belgique et a.*, précitée. (145) Par exemple lorsqu'il est question d'actes d'autorités diplomatiques des États membres, voir not. Comm. EDH, déc. *FIRVS c/Allemagne*, 25 sept. 1965, n° 1611/62, ou du comportement de forces de l'ordre à l'étranger, voir not. Comm. EDH, déc. *Freda c/Italie*, 7 oct. 1980, req. n° 8916/80.

aux situations internationales au sens entendu ici. Et c'est normal puisque, d'une part, originellement, la Convention avait vocation à régir les relations entre l'individu et l'État, à l'exclusion des relations interindividuelles. Et, d'autre part, la résolution des conflits de juridictions – au sens du droit international public – passe par la coopération internationale et donc, en droit interne, par les dispositions de droit international privé ou de droit pénal international. De telles dispositions, qu'elles soient de droit national ou international, ne sont en principe pas consacrées dans la CEDH.

57. À cet égard, les réglementations relatives à la protection des données, dans l'Union européenne (directive n° 95/46) et au sein du Conseil de l'Europe (Convention n° 108 et son Protocole additionnel), sont particulièrement avancées en ce qu'elles établissent un régime portant sur les flux transfrontières de données à destination d'États tiers. Comme l'explique Y. Poullet, ce régime peut se justifier par les obligations positives pesant sur les États en application de la CEDH (146). Logiquement, eu égard à l'intégration poussée des États dans l'Union européenne, la directive n° 95/46 est encore plus avancée que la Convention du Conseil de l'Europe dans la délimitation de son champ d'application spatial (147). Ces textes permettent les flux de données à caractère personnel à destination d'un État tiers – respectivement, au Conseil de l'Europe ou à l'Union européenne – et en vue de leur traitement dans cet État à la condition de principe que cet État garantisse une protection *adéquate* des personnes contre le traitement automatisé de données (148). Autrement dit, lorsque les données à caractère personnel sortent de la juridiction des États membres de l'Union européenne, la réglementation européenne a des effets extraterritoriaux.

Mais le standard de protection exigé à l'étranger est inférieur ; seule une protection *adéquate* est exigée. Dans les faits, on ne manquera pas de rapprocher le contexte de l'extradition dans la jurisprudence *Soering c/Royaume-Uni* (149) – ainsi que ses précédents et ses suites –, du contexte du régime des flux transfrontières de données : un individu ne peut pas être extradé – flux de personnes – s'il encourt, dans l'État tiers requérant, un risque avéré de « déni de justice flagrant » (150) ; un flux transfrontières de données à caractère personnel n'est autorisé que si l'État tiers garantit une protection « adéquate ». Quant à leur applicabilité, les textes précités de protection des données s'appliquent donc clairement à des contextes qui dépassent les territoires des États membres de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe.

Lorsque les données à caractère personnel sortent de la juridiction des États membres de l'Union européenne, la réglementation européenne a des effets extraterritoriaux.

58. Ces considérations nous conduisent à une constatation plus générale au regard de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH. Dans un certain sens, la réglementation précitée portant sur la protection des données n'est pas sans rappeler un standard inférieur de conformité à la CEDH qui semblerait parfois en vigueur dans la jurisprudence des organes de la Convention. Il en est par exemple ainsi lorsqu'il est question d'analyser les effets – territoriaux ou extraterritoriaux –, sous l'angle de

l'article 6 de la CEDH, de normes juridiques de portée individuelle émanant des autorités publiques d'États tiers – demande d'extradition (151), jugement (152) et demande de transfert d'enfant dans le contexte d'un enlèvement (153) – dont la mise en œuvre est demandée aux autorités d'un État partie à la CEDH. Dans ce contexte juridique de coopération internationale, la mise en œuvre de la norme est permise si elle ne peut avoir pour conséquence un déni de justice flagrant et si la norme elle-même n'est pas le fruit d'un tel déni de justice. Il n'est donc pas question de veiller au respect de l'intégralité de l'article 6 de la CEDH, alors même que le territoire de la CEDH est concerné. La Cour serait en revanche moins souple à l'égard de prohibitions absolues internationalement acceptées telles que celle consacrée dans l'article 3 de la CEDH (154). Mais en matière d'arbitrage du contentieux du *cloud*, outre l'article 6 de la CEDH, on pensera surtout à l'applicabilité des articles 8 et 10 de la CEDH ainsi qu'au premier Protocole additionnel. Et il n'y a là pas de protection absolue qui ne supporterait pas la souplesse que l'internationalité d'une situation peut requérir.

59. En théorie, la réflexion approche ici l'analyse des relations entre droit international privé et CEDH, étudiées par la thèse de F. Marchadier dont nous retiendrions ici que la CEDH permettrait l'application du droit étranger pour autant qu'il ne viole pas de manière manifeste la CEDH (155) (156). Nous considérerions que le degré d'internationalité du complexe juridique et factuel soumis au juge pourrait être de nature à entraîner une variabilité dans l'application de la CEDH. Ce qui existe déjà quant aux règles de droit matériel national. Ainsi, dans les contextes internationaux débordant le territoire des États

(146) Voir Poullet Y., Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne n° 95/46/CE en matière de flux transfrontières et de protection des données, *Comm. com. électr.* 2003, p. 17-21. (147) Au sujet de l'article 4 de la directive n° 95/46, définissant le champ d'application spatial de la réglementation, voir Moïny J.-P., Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 256-270. (148) Il y a des exceptions, voir not. l'article 26 de la directive n° 95/46 et la note de bas de page n° 93 ; l'article 2, § 2, du Protocole additionnel à la Convention n° 108. (149) CEDH, arrêt *Soering c/Royaume-Uni*, précité. (150) Le raisonnement vaut d'ailleurs aussi en matière d'expulsion de personne, voir par exemple déc. *Zapata Salazar et famille c/Suède*, 7 mars 1996, req. n° 28987/95. (151) Voir not. CEDH, arrêt *Soering c/Royaume-Uni*, précité ; *Comm. EDH*, CEDH, déc. *Einhorn c/France*, 16 oct. 2001, req. n° 71555/01 (3^e sect.). (152) Voir CEDH, arrêt *Droz et Janousek c/France et Espagne*, précité ; CEDH, arrêt *Pellegrini c/Italie*, 20 juill. 2001, req. n° 30882/96 (2^e sect.), interprété dans CEDH, déc. *Odd F. Lindberg c/Suède*, 15 janv. 2004, req. n° 48198/99 (1^{re} sect.), *In law*, point 1, p. 13. (153) Voir not. CEDH, déc. *Eskinazi et Chelouche c/Turquie*, 6 déc. 2005, req. n° 14600/05 (2^e sect.) ; CEDH, arrêt *Maumousseau et Washington c/France*, 6 déc. 2007, n° 39388/05 (3^e sect.). (154) Sous l'angle de l'article 3 de la CEDH, contrairement à l'analyse suivie par la Cour en application de l'article 6 de la CEDH, même si la Cour reconnaît que le droit d'un État tiers demandeur ne doit pas « cadre[r] pleinement avec les garanties de la Convention », elle juge que l'article 3, consacrant une « prohibition absolue » est une norme « d'ordinaire internationalement acceptée », interdit l'extradition s'il y a des « motifs sérieux et avérés » de croire qu'elle impliquerait un « risque réel » de traitements inhumains et dégradants pour l'extradé, CEDH, arrêt *Soering c/Royaume-Uni*, précité, points 86, al. 2, 87 et 91. Antérieurement, voir par exemple *Comm. EDH*, déc. *X. c/Belgique*, 15 déc. 1971, n° 5012/71. Il n'y a pas ici de standard inférieur d'appréciation du respect de la norme. (155) Voir Marchadier F., Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2007. (156) D'autres auteurs ont étudié les modalités d'intervention des droits fondamentaux en droit international privé, voir not. Cohen D., la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit international privé français, *Rev. crit. Dr internat. privé*, 1989, 78 (3), p. 451 et s. ; Hammje P., Droits fondamentaux et ordre public, *Rev. crit. Dr internat. privé*, 1997, 86 (1), p. 1 et s. ; Labrusse C., Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale, *Rev. crit. Dr internat. privé*, 1974, p. 1 et s. ; Mayer P., La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères, *Rev. crit. Dr internat. privé*, 1991, 80 (4), p. 653 et s.

membres du Conseil de l'Europe, une triple distinction pourrait être réalisée. Dans certaines hypothèses, la CEDH ne devrait pas s'appliquer au fond du litige, dès lors que le contexte serait trop étranger à ses États parties. Ou, en d'autres termes, lorsque le rapport avec le territoire de la CEDH est fortuit. Dans d'autres cas, elle s'appliquerait pleinement malgré l'internationalité des faits. On pourrait encore évoquer ici la protection des données. Ainsi, l'article 4, c), de la directive n° 95/46 est particulièrement significatif à cet égard dans la mesure où il prescrit l'application intégrale du droit de l'Union à un responsable de traitement qui, établi à l'étranger, utilise des moyens situés sur le territoire de l'Union aux fins des traitements qu'il opère. Enfin, à un niveau intermédiaire, la CEDH interviendrait de manière limitée, lorsqu'il serait manifestement porté atteinte à certaines des garanties qu'elle consacre. Ce type d'intervention serait illustré par le régime précité des flux transfrontières de données.

Dans ce contexte, les modalités juridico-techniques d'intervention de la CEDH n'ont pas d'importance. Ce qui compte est que son applicabilité serait susceptible de variabilité. Il faut le concéder, ce constat pose probablement plus de questions qu'il n'en résout. Il n'empêche, on retiendra au moins qu'en cas d'internationalité d'un complexe juridico-factuel débordant les États du Conseil de l'Europe, il y a possibilité d'inapplication ou d'application atténuée de la CEDH nonobstant la saisine d'une juridiction d'un État partie à cette Convention.

60. Les conséquences du précédent raisonnement sur l'arbitrage sont claires : indirectement, il incombe à l'arbitre de veiller au respect de l'ensemble des garanties consacrées dans la CEDH, le cas échéant même lorsque la situation en cause est teintée d'internationalité. Reste à définir quel degré d'internationalité peut exclure l'applicabilité de la CEDH, l'impose en cas d'atteinte manifeste ou la requiert intégralement. En d'autres termes, on voit ici un intérêt juridique à distinguer l'arbitrage interne d'autres arbitrages que l'on qualifierait

d'internationaux. Et en tout cas, arbitrage et sentence *devront* être évalués systématiquement dès qu'un juge d'un État partie à la CEDH sera amené à se prononcer à leur égard. Qu'il se prononce sous l'angle du déclinatoire de juridiction, de l'annulation de la sentence ou de son *exequatur*. Le lieu d'exécution de la sentence arbitrale et le siège de l'arbitrage (157) seront sans aucun doute déterminants : l'ordre juridique du premier conditionne l'effectivité de la sentence ; celui du second est susceptible de l'annuler.

CONCLUSION : L'ARBITRAGE DU DROIT D'ACCÈS EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES ?

61. Bien que la directive n° 93/13 puisse être contestée, nous avons suggéré que cette directive et la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs pourraient ne pas invalider certaines clauses d'arbitrage qui, en pratique, renverraient à un processus d'arbitrage particulièrement exigeant. Les deux textes présentent toutefois des divergences quant au type de clause prohibé et quant à la manière de les prohiber, la directive n° 93/13 laissant plus de pouvoir aux États membres. Des réglementations nationales, dans la lignée de la politique de la Commission européenne, apparaissent plus strictes que la directive n° 93/13 et conforteraient la position selon laquelle la nouvelle directive interdit systématiquement la clause d'arbitrage de droit commun : elles interdisent souvent que le consommateur s'engage dans l'arbitrage avant la naissance du différend. En droit belge toutefois, la jurisprudence n'est actuellement pas unanime. Même si la doctrine semble suivre la tendance précitée, il nous semble que le débat n'est pas clos. Aux États-Unis, le législateur et, subséquemment, la jurisprudence ont adopté une position plus favorable vis-à-vis de l'arbitrage, et le droit fédéral permet de lier le consommateur avant l'existence du litige. Cette approche est toutefois critiquée en doctrine, et le droit américain est susceptible d'évoluer dans le sens du droit européen. Sans aucun doute, dans le cadre du

cloud computing, les deux cultures juridiques sont susceptibles de se confronter. À cet égard, tant le droit américain que le droit européen veillent à ce que bonne foi et équilibre soient de rigueur. Plusieurs éléments d'analyse ont été avancés et ne nécessitent pas d'être rappelés.

62. La CEDH et ses organes ne s'opposent en principe pas aux clauses d'arbitrage. Cela n'étonne pas. Il faut toutefois souligner que la jurisprudence est peu abondante et centrée sur un contexte professionnel ou d'affaires. Par conséquent, rien n'est définitivement joué. Certains éléments ont malgré tout été dégagés de l'analyse. Ainsi, la clause d'arbitrage emporte renonciation à certaines garanties consacrées dans l'article 6 de la CEDH. Cette renonciation doit être libre – même si une certaine contrainte économique est tolérée –, informée et non équivoque. Au-delà des conditions liées à la renonciation, l'arbitre devra indirectement respecter l'ensemble des droits et libertés consacrés dans la CEDH, si un juge d'un État membre du Conseil de l'Europe est susceptible d'être saisi – essentiellement sur le plan du contrôle de l'arbitrage. La jurisprudence de la Cour EDH l'imposerait, et la jurisprudence belge l'impose.

63. La directive n° 93/13, la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs et la CEDH interviennent au titre de dispositions d'ordre public. Ainsi, si l'existence de telles règles n'est en principe pas un obstacle à l'arbitrabilité d'un litige, un arbitre ne pourra les méconnaître, sauf à risquer la nullité ou l'inexécution de sa sentence. Il a été explicité que l'interdiction des clauses abusives ne s'appliquait pas à toutes les situations internationales. Elle nécessite un certain rattachement avec l'ordre juridique de l'Union européenne. La CEDH ne devrait pas non plus s'appliquer intégralement à toutes les situations internationales de manière indiscriminée. Nous avons soulevé l'hypothèse selon laquelle le degré d'internationalité d'une situation était susceptible d'entraîner la variabilité de l'application des garanties consacrées dans la CEDH. Si de nombreuses

(157) Sans entrer dans les réflexions relatives à ce concept, voir à ce sujet Kaufmann-Kohler G., Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 518.

questions restent ouvertes, on s'accordera pour souligner que la possibilité du recours à l'arbitrage en ligne en matière de litiges de consommation s'accompagne d'un contrôle renforcé, au regard de l'ordre public, du processus arbitral et de la sentence par le juge étatique.

64. En synthèse, les textes européens étudiés laissent un espace assez étroit pour la clause d'arbitrage en matière de litiges du *cloud computing*. Il faut l'admettre, l'« e-arbitrage » auquel nous penserions – probablement idyllique – serait aujourd'hui plus théorique que praticable. Pour des raisons élémentaires de financement, probablement nécessiterait-il une subvention publique. Probablement nécessiterait-il également une intervention réglementaire au niveau européen (158). Le droit national, peut-être relayé par la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs, constitue aujourd'hui un obstacle direct aux clauses d'arbitrage, lorsqu'il ne tolère l'arbitrage qu'une fois le différend né.

65. Finalement, nous souhaitons clore la présente contribution en illustrant une question de droit qui, potentiellement, pourrait faire l'objet d'un arbitrage dans le contexte du *cloud computing* : celle du droit d'accès en matière de protection des données à caractère personnel (159). Sans surprise, le *cloud computing* est susceptible d'impliquer massivement le traitement de données à caractère personnel. Il suffit de penser aux réseaux sociaux, ou d'évoquer la possibilité que, demain, les individus recourent intégralement au *cloud* pour leurs tâches informatiques quotidiennes. Ils délèguent déjà aujourd'hui, aux ressources du *cloud*, des activités

sensibles telles que la gestion de leurs e-mails. En matière de protection des données, le droit d'accès est consacré dans le paragraphe 2 de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que dans l'article 12 de la directive n° 95/46. Il est également garanti par l'article 8 de la CEDH ; l'accès au contenu d'un fichier personnel, certes administré par une autorité publique, relève de la vie privée (160). « Ce droit au respect de la vie privée implique que la personne concernée puisse s'assurer que ses données à caractère personnel sont traitées de manière exacte et licite. » (161) Il est donc indubitablement question de droits de l'Homme.

Selon nous, dans les strictes limites exposées dans la présente contribution, un litige relatif au droit d'accès dans le contexte du *cloud computing* devrait pouvoir faire l'objet d'un arbitrage. Dans ce cadre, les autorités de protection des données – publiques et indépendantes – pourraient jouer un rôle plus ou moins important. Par exemple, si l'on en permettait la désignation comme arbitre par la personne concernée. Le responsable de traitement en cause demeurant libre de choisir son arbitre. Ou si ces autorités pouvaient jouer un rôle de soutien dans la procédure d'arbitrage ou, encore, certifier des organes d'arbitrage (162). Leur implication en la matière serait évidemment souhaitable même si, une fois de plus, des problèmes de ressources financières se poseraient.

Au-delà du rôle potentiel des autorités de protection des données, il peut évidemment être renvoyé aux avantages reconnus aux ODR – ici, sous forme d'arbitrage – et précités. Il convient

d'y ajouter que le recours à un mode de règlement des différends fondé sur l'autonomie des volontés peut avoir un intérêt particulier en l'espèce. En effet, dans la mise en œuvre du droit d'accès, une personne privée tierce et consentante, désignée par les parties ou les arbitres, pourrait être chargée de réaliser un audit des systèmes informatiques du responsable de traitement. Cela serait également intéressant dans un cas de demande, par la personne concernée, de suppression des données traitées. Il s'agirait pour ce tiers de vérifier que les données à caractère personnel ont bel et bien été supprimées. Le recours à des acteurs privés, en vertu d'un contrat, permettrait d'éviter des problèmes liés à la compétence, par exemple, des autorités de protection des données qui souhaiteraient pratiquer de telles investigations (163). Toujours en matière de suppression, la vitesse d'une procédure arbitrale en ligne pourrait même s'avérer nécessaire afin, par exemple, de pouvoir enrayer la mise à disposition illicite de données à caractère personnel dans le contexte du *cloud*, avant que ces données ne soient plus ou moins irréparablement communiquées (164). On soulignera, comme ultime considération, que la Commission européenne, en jugeant que les *Safe Harbor Principles* américains garantissent une protection adéquate des personnes contre le traitement de données à caractère personnel, a avalisé, dans une situation internationale (flux transfrontières UE – États-Unis), le recours à des modes alternatifs de règlement des différends – certes, autres que l'arbitrage en tant que tel – en matière de droits de l'Homme (165). ♦

(158) Cortes Dieguez J.P., *A European legal perspective on consumer ODR*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 97-100. (159) Ainsi notamment, les « États membres garantissent à toute personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement : a) sans contrainte, à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs : – la confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées, ainsi que des informations portant au moins sur les finalités du traitement, les catégories de données sur lesquelles il porte et les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées, – la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine des données », article 12 de la directive n° 95/46. (160) Voir not., CEDH, arrêt *Jarena c/Roumanie*, 19 juill. 2011, req. n° 41838/05 (3^e sect.) ; CEDH, arrêt *Haralambie c/Roumanie*, 27 oct. 2009, req. n° 21737/03 (3^e sect.) ; CEDH, arrêt *Rotaru c/Roumanie*, 4 mai 2000, req. n° 28341/96 (Gde Ch.). (161) CJCE (3^e ch.), 7 mai 2009 (*College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c/M. E. E. Rijkeboer*), aff. C-553/07, Rec., 2009, p. I-03889, point 49. (162) Sur l'idée d'accréditation en matière d'ODR, voir Cortes P., *Developing online dispute resolution for consumers in the EU : a proposal for the regulation of accredited providers*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 24 ; Farah Y., *Critical analysis of online dispute resolutions : the optimist, the realist and the bewildered*, précité, RLDI 2011/77, partie I, p. 125. (163) Ainsi, si une autorité de protection des données ou une autre autorité publique entend réaliser un audit chez un prestataire de services établi dans un État tiers (ce qui peut être rattaché à la compétence d'exécution de l'État), le consentement des autorités compétentes de cet État tiers est nécessaire. (164) Il suffit d'envisager l'hypothèse dans laquelle un prestataire de réseau social modifierait unilatéralement les paramètres de confidentialité du site web. Ce qui a déjà eu lieu, à plusieurs reprises, dans le cas de Facebook. Bien entendu, il existe des procédures en référé devant les juridictions étatiques. La plus-value, en l'espèce, pourrait résider dans l'efficacité de la mise en œuvre de la sentence arbitrale. (165) Voir le principe d'enforcement des *Safe Harbor Principles* (<http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018475.asp>) et la FAQ – *Dispute Resolution and Enforcement*, disponible sur <http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018383.asp>.